



**HAL**  
open science

# La France et la protection européenne des droits de l'homme

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. La France et la protection européenne des droits de l'homme. *Annuaire français de relations internationales*, 2005, VI, pp.598-612. hal-01743537

**HAL Id: hal-01743537**

**<https://hal.science/hal-01743537>**

Submitted on 28 Mar 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## LA FRANCE ET LA PROTECTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PAR

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN (\*)

Mouvementée, l'histoire des relations entre la France et la Convention européenne des droits de l'homme le fut. Et pourtant, rien ne laissait supposer que la « patrie des droits de l'homme » – celle qui fournit au constitutionnalisme moderne la Déclaration des droits la plus célèbre, à tout le moins la plus célébrée – allait manifester autant de réticences. Il est un fait que le système ingénieux et révolutionnaire d'une garantie internationale et juridictionnelle des droits fut loin d'être accepté avec enthousiasme par la France. Qu'on en juge : elle ne ratifia la Convention qu'en 1974 (1) – après que l'éminent juriste René Cassin, Prix Nobel de la Paix en 1968, eut plusieurs fois menacé de démissionner de son poste de président de la Cour européenne (2); elle n'accepta le droit de recours individuel qu'en 1981 après que Robert Badinter, alors garde des Sceaux du nouveau gouvernement socialiste, eut facilement convaincu le Président Mitterrand de la noblesse et de l'importance de l'acte. Le 30 mai 1981, c'est par la signature d'André Chandernagor, alors ministre des Affaires européennes, que la France en finissait avec sa politique d'ostracisme conventionnel (3). En définitive, l'Hexagone ne s'arrima de « façon concrète et effective » au système européen de contrôle – pour reprendre le *dictum* fameux de la Cour de Strasbourg – qu'en 1986, année au cours de laquelle elle lui infligeait sa première condamnation : l'arrêt *Bozano* du 18 décembre 1986 marquait enfin l'âge de la maturité.

Mouvementée hier, banalisée aujourd'hui, l'histoire des relations entre la France et le système conventionnel n'en est pas moins toujours traversée de soubresauts sporadiques. Car le système n'est pas figé : il évolue au gré de

(\*) Professeur de Droit public à l'Université de Rouen (France) et directeur du Centre de recherches et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CREDHO).

(1) Elle le faisait en y adjoignant trois réserves significatives de sa défiance à l'endroit du système conventionnel.

(2) Ce fut à l'occasion d'une conférence donnée à Romans que René Cassin déclara que si la France ne ratifiait pas la Convention dans « un délai raisonnable », il démissionnerait de son poste. Le 6 décembre 1972, il signait avec cinq autres Prix Nobel de la Paix un appel solennel au chef de l'Etat. Le 31 janvier 1973, Georges Pompidou céda : son gouvernement déposait un projet de loi de ratification. C'est le Président Poher qui, alors qu'il assurait l'intérim à la Présidence, apposera la signature de la France à la loi portant ratification en mai 1974.

(3) Gérard COHEN-JONATHAN, « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1981, pp. 269-285.

l'approfondissement du catalogue des droits (protocoles de type substantiel), de l'aménagement des procédures (protocoles de type procédural) comme de l'évolution de la jurisprudence de la Cour qui, ces derniers temps, se fit remarquer par d'impérieux changements de cap. Ainsi, examiner les relations que la France entretient tant avec l'évolution du système que son application ne manque pas d'intérêt.

#### LA FRANCE ET L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME CONVENTIONNEL

Le système conventionnel a connu, au cours de ces dernières années, d'importantes évolutions d'ordre matériel et procédural. Les Protocoles n° 12 et n° 13 ont enrichi le catalogue des droits garantis en consacrant l'interdiction tant des discriminations que de la peine de mort en temps de guerre. Le Protocole n° 14, quant à lui, réaménage le système de contrôle afin de trouver une solution à l'engorgement du rôle de la Cour tout en tentant de ne pas dénaturer le système de garantie collective.

Ces évolutions ont été tantôt contrecarrées tantôt acceptées par le gouvernement français, en fonction des intérêts de la définition de sa politique juridique extérieure en matière de protection des droits de l'homme.

#### *L'évolution contrecarrée*

Le Protocole n° 12 (4) à la Convention, plus particulièrement son article 1 (5), est un pas important dans la consécration du principe de non-discrimination dans le système conventionnel (6). En effet, on sait que l'article 14 de la Convention, autonome, n'en est pas moins dépendant, pour son invocation, de la combinaison avec un des droits inscrits dans le texte de la Convention ou d'un de ses protocoles. Tout changera avec le Protocole n° 12 dans la mesure où tout droit qui sera garanti au niveau interne – même s'il n'est pas à l'échelle conventionnelle – pourra faire l'objet d'une requête : les points 21 et 22 du rapport explicatif du Protocole ne laissent

(4) Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, STCE n° 177, ouvert à la signature à Rome le 4 novembre 2000. Il doit entrer en vigueur avec dix ratifications.

(5) Article 1 – Interdiction générale de la discrimination : «1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit, fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.»

(6) Gérard GONZALEZ, «Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale des discriminations», *RFDA*, janv.-fév. 2002, pp. 113-123.

planer aucun doute à ce sujet (7). Les perspectives d'évolution s'annoncent ainsi magistrales.

Aujourd'hui (8), trente-quatre Etats l'ont signé (9), onze l'ont ratifié (10). Le seuil des dix ratifications, nécessaire à son entrée en vigueur pour les seuls Etats l'ayant ratifié (11), a été atteint le 17 décembre 2004, quand l'Arménie et la Finlande ont déposé, d'un concert commun, leur instrument de ratification. Conformément à l'article 5 §1 du Protocole (12), celui-ci entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005. Comme on pouvait s'y attendre, la France n'a pas été l'Etat qui a fourni l'onction de la positivité à ce texte. Alors qu'il s'agit d'un protocole qui peut métamorphoser le système en le conduisant vers les terres – jusqu'alors peu explorées – des droits sociaux (13), la France, pour une «*raison d'ordre technique*» – c'est-à-dire l'engagement du rôle de la Cour –, a d'emblée considéré qu'il ne valait pas la peine de s'engager dans une procédure d'acceptation définitive. Et d'affirmer – à travers la voix de la sous-directrice des droits de l'homme à la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères – qu'elle ne désire pas participer à l'asphyxie du système (14).

(7) Ils se lisent ainsi : «21. L'article 1 prévoit une clause générale de non-discrimination et ainsi la portée de la protection qu'il offre va au-delà de la 'jouissance des droits et libertés' reconnus dans la présente Convention. 22. En particulier, la portée de la protection additionnelle en vertu de l'article 1 vise les cas où une personne fait l'objet d'une discrimination : i. dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national; ii. dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, c'est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière; iii. de la part des autorités publiques du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (par exemple, l'octroi de certaines subventions); iv. du fait d'autres actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple, le comportement des responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute).»

(8) Au 31 décembre 2004.

(9) Il s'agit de l'Albanie, de l'Allemagne, de l'Arménie, de l'Autriche, de l'Azerbaïdjan, de la Belgique, de la Bosnie-Herzégovine, de Chypre, de la Croatie, de l'Estonie, de la Finlande, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, de l'Islande, de l'Italie, de la Lettonie, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, du Liechtenstein, du Luxembourg, de la Moldavie, de la Norvège, des Pays-Bas, du Portugal, de la République tchèque, de la Roumanie, de la Russie, de Saint-Marin, de la Serbie-Monténégro, de la Slovaquie, de la Slovénie, de la Turquie et de l'Ukraine.

(10) Il s'agit de l'Albanie, de l'Arménie, de la Bosnie-Herzégovine, de Chypre, de la Croatie, de la Finlande, de la Géorgie, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, des Pays-Bas, de Saint-Marin, de la Serbie-Monténégro.

(11) Il y a en effet deux types de protocoles : le protocole additionnel peut entrer en vigueur à la suite du dépôt d'un nombre limité d'instruments de ratification, seuil fixé par le protocole lui-même (c'est le cas des Protocoles n° 9 ou n° 12 ou par exemple); à l'inverse, le protocole d'amendement nécessite, pour entrer en vigueur, une ratification unanime des Etats parties à la Convention (c'est le cas des Protocoles n° 12 et n° 14 par exemple).

(12) Il est libellé comme suit : «le présent protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle dix Etats membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le présent protocole conformément aux dispositions de son article 4.»

(13) Frédéric SUDRE, «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme», *RUDH*, 15 sept. 2000, pp. 28-32.

(14) C'est dans le cadre du septième colloque du CREDHO-Paris Sud organisé par le professeur Paul Tavernier sur «La France et la Cour européenne des droits de l'homme – La jurisprudence de l'an 2000» (dont les actes sont parus dans les *Cahiers du CREDHO*, n° 7, 2001, p. 38), que Michèle Dubrocard, alors sous-directrice des droits de l'homme à la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, s'exprima ainsi : «*je voudrais très rapidement préciser les raisons pour lesquelles le gouvernement français n'a toujours pas signé le Protocole n° 12. Ce sont celles que, très précisément, Michel de Salvia a indiquées :*

L'argument, on en conviendra, est un «peu court» quand il est question de mettre à l'encan toutes formes de discrimination. Si les services du Quai d'Orsay peuvent légitimement craindre une explosion des requêtes, prévisible il est vrai, ils peuvent paraître avant tout inquiets de l'afflux des requêtes contre la France. Un tel afflux ne manquerait pas de se manifester particulièrement quand on sait que le Protocole n° 12 non seulement n'exclut pas de mettre à la charge des Etats des «obligations positives», mais aussi envisage l'effet horizontal des dispositions. Le rapport explicatif est à cet égard très clair : *«on ne peut exclure totalement que le devoir d'assurer», figurant au premier paragraphe de l'article 1, entraîne des obligations positives. Cette question, peut, par exemple, se poser lorsqu'il existe une lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination. En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre particuliers, l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'Etat et relèverait alors de l'article 1 du protocole».*

La politique juridique extérieure de la France, réfractaire à l'endroit du Protocole n° 12 et de la boîte de Pandore qu'il est susceptible d'ouvrir, va-t-elle perdurer? L'argument technique avancé sera-t-il toujours valide quand le Protocole n° 14 entrera en vigueur? C'est à ce moment-là, à n'en pas douter, que la diplomatie judiciaire de la France dévoilera son vrai visage et permettra de prendre la mesure de la pertinence ou, au contraire, du cynisme de l'argument technique. Il reste que l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 arrimera le système conventionnel au niveau du système communautaire qui, sur ce point, a une longueur d'avance. En effet, sur la base de la «clause communautaire de lutte contre les discriminations», autrement dit l'article 13 T.CE (15), le Conseil de l'Union a d'ores et déjà adopté deux directives et un programme d'action en la matière. La première directive (29 juin 2000) est relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive 2000/43) (16) : limitée à la discrimination raciale, *«elle est fondée sur une approche catégorielle,*

*à savoir que la préoccupation majeure actuellement du gouvernement est celui de l'engorgement de la Cour et sa capacité à fonctionner de façon efficace. L'engorgement, on le craignait, est déjà là. A titre d'exemple, je peux citer l'affaire Papon. La requête que l'on nous a signalée depuis plus d'un an ne nous a toujours pas été communiquée. Je parle de la première requête, je ne parle pas de la seconde qui va faire l'objet d'un examen, comme tout le monde le sait, dans le courant de la semaine prochaine. On voit bien, à travers ce seul exemple, quelle est la situation actuelle de la Cour. Dans ce contexte, si l'on a une approche réaliste, il ne me paraît pas opportun pour le gouvernement français de 'charger un peu la barque', si vous me permettez l'expression, et d'autoriser la Cour à accroître sa compétence. Il ne s'agit pas d'un problème de principe pour la France, la preuve en est que nous avons ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, comme chacun le sait, dans son article 26, prohibe de manière très large toute forme de discrimination. Une fois encore, ce n'est pas un problème de principe juridique qui pose des difficultés à la France, c'est la situation actuelle de la Cour.»*

(15) On se reportera sur ce point à l'excellente thèse d'Edouard DUBOUT, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse, Droit public, Université de Rouen, 2004, 739 p.

(16) JOCE, L 180, 19 juil. 2000.

*mais concerne cependant de nombreux secteurs sociaux*» (17). La seconde directive (27 novembre 2000) porte «*création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*» (directive 2000/78 CE) (18) : ici, à l'exception du «*sexe*» ou de l'«*origine ethnique*», qui font l'objet de textes spécifiques, «*tous les autres motifs de discriminations mentionnés à l'article 13 T.CE sont concernés par cette directive, mais uniquement dans un secteur précis : le domaine professionnel*» (19). La France a transposé assez imparfaitement ces directives par une loi du 16 novembre 2001 (20). Quoiqu'il en soit, au regard de l'amorce – même pusillanime – d'une adaptation du droit français au droit communautaire et, plus généralement, au vu des débats majeurs qui traversent aujourd'hui la société française sur la nécessité ou non d'introduire des mécanismes de discrimination positive (21) – qui ne manqueront pas de susciter l'intérêt du législateur –, il serait paradoxal que la France continue de se retrancher derrière l'argument technique pour refuser le contrôle conventionnel en matière de non-discrimination.

L'évolutivité du système conventionnel n'a pas impliqué la même prévention de la France à l'endroit de protocoles postérieurs, l'un substantiel (n° 13), l'autre procédural (n° 14), témoignant *in fine* de l'engagement français à l'endroit de la Convention. Signés, ils n'ont toutefois pas encore été ratifiés, ce qui laisse toujours en suspens la question de leur acception franche et entière.

### *L'évolution acceptée*

Le Protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (22) – c'est-à-dire en temps de paix comme en temps de guerre –, ouvert à la signature à Vilnius le 3 mai 2002, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003 après l'obtention du seuil des dix ratifications nécessaires. Il constitue l'aboutissement des efforts menés par le courant abolitionniste dont le Conseil de l'Europe est le plus fervent étendard (23), secondé activement par la Cour européenne (CEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c. Tur-*

(17) Edouard DUBOUT, *op. cit.*, p. 342.

(18) *JOCE*, L 303, 2 déc. 2000.

(19) Edouard DUBOUT, *op. cit.*, p. 342.

(20) Edouard DUBOUT, «*Tu ne discrimineras pas...'* L'apport du droit communautaire au droit interne», *Droits fondamentaux*, n° 2, 2002, pp. 47-62, disponible sur le site Internet [www.droitsfondamentaux.org](http://www.droitsfondamentaux.org).

(21) Jacques CHEVALLIER, «*Réflexions sur la discrimination positive*», *Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, *op. cit.*, pp. 415-428. Les publications émanant de personnalités issues de la «*société civile*» ont été importantes. On citera notamment l'ouvrage de Yazid et Yacine SABEG, *Discrimination positive. Pourquoi la France ne peut y échapper*, Calmann-Lévy, Paris, 2004, 247 p.

(22) *Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, STCE n° 187, ouvert à la signature à Vilnius le 3 mai 2002. Il doit entrer en vigueur avec dix ratifications.

(23) Elise CORNU/Sonia PARAYRE, «*Le Protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme : l'abolition totale et définitive de la peine de mort en Europe?*», *Actualité et droit international*, avr. 2003, disponible sur le site Internet [ridi.org/adi](http://ridi.org/adi).

quie) (24). Au 31 décembre 2004, quarante-trois Etats l'ont signé, tandis que vingt-neuf autres l'ont ratifié (25). La France a fait partie, dès la conclusion de l'accord, des Etats signataires. Ce n'est guère étonnant quand on se rappelle l'attitude du gouvernement français qui, par l'adoption de la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981, avait précédé celle du Protocole n° 6 relatif à l'abolition de la peine de mort en temps de paix (26).

La France ne fait toujours pas partie, cependant, des Etats qui ont ratifié ce Protocole. Or, plus la France tarde à mettre en marche la procédure de ratification, plus son intégration dans l'ordre juridique français est susceptible d'être entravée. La proposition de loi présentée le 8 avril 2004 tendant à rétablir la peine de mort pour les auteurs d'actes de terrorisme est symptomatique à cet égard (27). Depuis le traumatisme engendré par les événements du 11 septembre 2001 (destruction des Twin Towers à New York) et du 11 mars 2004 (attentats de Madrid), l'Occident est placé de façon permanente sous la menace terroriste. Dans ce contexte, un groupe de députés proposa de modifier l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 octobre 1981 dans le sens suivant : *«toutefois, la peine de mort demeure applicable aux auteurs d'actes de terrorisme»*. Les députés ont compris que non seulement le délai de cinq ans pour dénoncer le Protocole n° 6 avait expiré depuis le 1<sup>er</sup> mars 1991, mais surtout que la France, signataire du Protocole n° 13, n'en était toutefois pas encore un Etat partie. Et d'assimiler, dans l'exposé de motifs de la proposition de loi, le terrorisme à un état de guerre : *«dans l'intérêt supérieur des Etats, la France, en lien étroit avec ses alliés européens, doit amplifier la lutte anti-terroriste et afficher une fermeté exemplaire. C'est pourquoi, il importe qu'elle puisse disposer de cette peine d'exception qu'est la peine capitale pour combattre le terrorisme, 'crime majeur contre la démocratie', selon l'expression de Robert Badinter. En temps de 'guerre', car c'est le mot qu'il faut employer pour qualifier les attaques répétées et meurtrières dont les démocraties sont la cible, la défense des Etats et des peuples doit primer sur toute autre considération.»*

(24) Juan-Antonio CARILLO SALCEDO, «La peine de mort peut-elle être considérée en soi, en l'absence d'autres éléments, comme une peine inhumaine et dégradante? Quelques réflexions sur la pratique subséquente des Etats parties dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 mars 2003 (affaire *Öcalan c. Turquie*)», *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 385-391.

(25) Il s'agit de l'Allemagne, d'Andorre, de l'Autriche, de la Belgique, de la Bosnie-Herzégovine, de la Bulgarie, de Chypre, de la Croatie, du Danemark, de l'Estonie, de la Finlande, de la Géorgie, de la Hongrie, de l'Irlande, de l'Islande, de l'ex-République de Macédoine, du Liechtenstein, de la Lituanie, de Malte, du Portugal, de la République tchèque, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de Saint Marin, de la Serbie-Monténégro, de la Slovénie, de la Suède, de la Suisse et de l'Ukraine.

(26) Son adoption avait conduit le Conseil constitutionnel dans sa célèbre décision du 22 mai 1985 à le déclarer compatible avec la Constitution française. Cf. Louis FAVOREU, «La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme», *AFDI*, 1985, p. 868.

(27) Assemblée nationale, 12<sup>e</sup> législature, n° 1521, Proposition de loi tendant à rétablir la peine de mort pour les auteurs d'actes de terrorisme.

La dénonciation du Protocole n° 6 – préalable juridique indispensable à la réussite d'une telle démarche – n'est certes pas envisageable du point de vue politique dans l'Hexagone. Il reste que l'absence de ratification du Protocole n° 13 permet à tout moment que de telles initiatives se développent au risque de mettre à mal le consensus – acquis de haute lutte – sur l'abolition de la peine de mort.

La deuxième marque de l'évolutivité du système conventionnel s'est manifestée par l'adoption du très important Protocole n° 14 à Strasbourg le 13 mai 2004 (28). Il s'agit d'un protocole d'amendement, qui nécessite pour son entrée en vigueur la ratification des 46 Etats membres du Conseil de l'Europe. Trente-huit Etats l'ont signé (29), cinq l'ont ratifié (30). Une fois de plus, la France est signataire, mais n'a pas encore entamé la procédure nationale d'autorisation de ratification.

Si la réforme du système conventionnel n'a pas toujours été bien accueillie au sein de la communauté académique (31), elle n'en a pas moins été activement soutenue par un nombre important d'Etats, parmi lesquels la France figure en bonne place. Il y allait de la survie du mécanisme de garantie collective. Asphyxiée et victime de son succès, la Cour l'est depuis maintenant plusieurs années et le Protocole n° 11 n'y a rien changé. Il fallait réagir. La Cour avait commencé à le faire avec les moyens qui étaient à sa portée. L'«arme» du revirement (32) a été utilisée afin de redécouvrir la subsidiarité conventionnelle : l'arrêt *Kudla c. Pologne* (33) sollicite les systèmes judiciaires nationaux afin qu'ils se comportent davantage comme les garants de droit commun des droits consacrés à l'échelle conventionnelle. Les Etats ont quant à eux fini par prendre leur responsabilité en réformant le système. Même si le scepticisme peut gagner le lecteur attentif du Protocole n° 14 qui découvrira la nouvelle condition de recevabilité de

(28) Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, STCE n° 194, ouvert à la signature à Strasbourg le 13 mai 2004.

(29) Au 31 décembre 2004, il s'agit de l'Albanie, de l'Allemagne, d'Andorre, de l'Arménie, de l'Autriche, de la Bosnie-Herzégovine, de Chypre, de la Croatie, du Danemark, de l'Estonie, de la Finlande, de la France, de la Géorgie, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Islande, de l'Italie, de la Lettonie, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, du Liechtenstein, de la Lituanie, du Luxembourg, de Malte, de la Moldavie, de Monaco, de la Norvège, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de la Serbie-Monténégro, de la Slovaquie, de la Slovénie, de la Suède, de la Suisse, de la Turquie et de l'Ukraine.

(30) Il s'agit du Danemark, de la Géorgie, de l'Irlande, de Malte et de la Norvège.

(31) F. BENOÎT-ROHMER, «Il faut sauver le recours individuel...», *Dalloz*, 2003, n° 38, pp. 2584-2590; G. COHEN-JONATHAN, «Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques observations à partir des derniers travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme», *RTDH*, 1 oct. 2003, pp. 1125-1156; H. GHERARI, «La Cour européenne des droits de l'homme en 2001 et 2002 : la réforme du système de contrôle», in G. LEBRETON (dir.), *Interrogations sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 2001 et 2002*, L'Harmattan, Paris, 2004, pp. 145-160.

(32) Pour une analyse critique des «nouveaux» revirements de la Cour, cf. Laurence BURGORGUE-LARSEN, «De l'art de changer de cap. Libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, *op. cit.*, pp. 335-350.

(33) CEDH, Gde Ch., *Kudla c. Pologne*, 26 oct. 2000. Et d'affirmer, contrairement à sa jurisprudence antérieure, que «l'interprétation correcte de l'article 13 est que cette disposition garantit un recours effectif devant une instance nationale permettant de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation imposée par l'article 6 §1, d'entendre les causes dans un délai raisonnable» (§156).



l'article 35 §3b (34), il n'en est pas moins évident qu'il fallait trouver une solution à un fléau connu de n'importe quelle instance judiciaire, nationale ou internationale : celui de l'encombrement de son rôle et du ralentissement subséquent de la justice qu'il occasionne. Il reste que la jurisprudence de la Cour devra être exempte de reproches dans l'appréciation du nouveau critère relatif à l'existence d'un «préjudice important» afin de ne pas encourir la critique, sans doute éculée, mais néanmoins toujours opératoire, du «gouvernement des juges».

Confrontée à l'évolution du système conventionnel, la France a adopté des positions contrastées, révélatrices de l'hétérogénéité de ses intérêts. Quant à l'application de la Convention en France, même si elle est également marquée par le sceau de la diversité, elle ne peut pas être placée sur le même plan, c'est-à-dire celui de la politique juridique extérieure du Quai d'Orsay. En effet, dans le premier cas, c'est la détermination de la politique du gouvernement français qui est en jeu ; dans le second cas, la politique n'a plus droit de cité. La question ici se situe en aval de la décision politique – de souscrire ou non à une Convention internationale – et concerne les pouvoirs législatif et judiciaire qui doivent s'y conformer.

#### LA FRANCE ET L'APPLICATION DU SYSTÈME CONVENTIONNEL

On sait ce que la garantie européenne des droits de l'homme a apporté à l'évolution contemporaine des systèmes juridiques. La «conventionnalisation» des branches du droit a succédé à leur «constitutionnalisation», qui faisait suite à la naissance et au développement de la justice constitutionnelle. La figure nationale qui a subi de plein fouet ce processus est sans conteste le juge. Cela n'est guère étonnant quand on sait que le droit le plus souvent invoqué est le droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 §1 de la Convention. Partant, si l'application de la Convention s'impose aux juges nationaux, elle est également appliquée par eux, ce qui démontre à quel point le système conventionnel est étroitement imbriqué au système juridique français.

#### *L'application de la Convention au juge*

La contrainte conventionnelle exercée sur la justice ordinaire et constitutionnelle est particulièrement prégnante, car elle touche tout à la fois les procédures et les décisions de justice.

(34) L'article 35 §3 a été modifié comme suit : «la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 : a. lorsqu'elle estime la requête incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles, manifestement mal fondée ou abusive; ou b. lorsque le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige d'examiner la requête au fond».

La Cour européenne, en plus de confirmer l'extension du champ d'application de l'article 6 à des structures «particulières», telle la Cour de discipline budgétaire et financière (35), contrôle le bon fonctionnement des procédures pénales, civiles et enfin administratives (36). Elle le fait sous l'angle des différentes facettes du droit au juge, celui du droit d'accès, de la publicité, de l'équité, du délai raisonnable et, *last but not least*, de l'égalité des armes. C'est surtout la jurisprudence européenne concernant l'égalité des armes qui attira ces dernières années l'attention. Elle suscita des querelles doctrinales dont on pensait qu'elles s'étaient sérieusement dissipées au sein de l'univers académique. Erreur grossière. Les passions ont été à leur comble quand la doctrine, prise d'une boulimie textuelle, s'est attelée au commentaire du désormais célèbre arrêt *Kress* (37). Car, au nom de traditions ancestrales, beaucoup des sages du Palais-Royal n'ont pas entendu se plier aux exigences strasbourgeoises tirées d'une vision maximale du principe du contradictoire basée sur la théorie des apparences, si décriée. Et pourtant, le fait est là : les apparences de justice sont plus importantes que les coutumes d'instances juridictionnelles, sûres, trop sûres de leur bon droit, même s'il faut ébranler l'autorité d'un commissaire de gouvernement ou d'un avocat général devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation (38).

Il est des domaines où les contraintes procédurales imposées par la force des choses – en tout cas par la force de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour européenne – n'ont pas entraîné les mêmes passions teintées de résistances en tout genre. Le champ pénal en est l'emblème. Dans la lignée des affaires *Poitrimol* (39) et *Omar* (40), les affaires *Khalifaoui* (41) et *Van Pelt* (42) ont sanctionné la déchéance du pourvoi en cassation en l'absence de mise en l'état, au point d'avoir (enfin) alerté le législateur français qui décidait, par la loi du 15 juin 2000 (43), de toiletter de façon substantielle la procédure pénale française. Il institua notamment la pro-

(35) Dans l'arrêt *Guisset c. France* du 26 septembre 2000, la Cour européenne considère applicable l'article 6 à la Cour de discipline budgétaire et financière qui doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale, comme le Conseil d'Etat l'avait d'ailleurs établi dans son arrêt *Lorenzi* du 30 octobre 1998.

(36) Tant que l'exception d'inconstitutionnalité ne fera pas partie du paysage constitutionnel français, le contrôle abstrait de constitutionnalité des lois en France ne peut pas tomber sous le coup de l'article 6 §1 CEDH, la procédure constitutionnelle jouissant en quelque sorte, devant le juge de la constitutionnalité de la loi, d'une immunité conventionnelle. Cependant, notwithstanding l'absence d'un contrôle concret de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel en tant que juge électoral, juge de l'application de la loi, a été mis sous «haute surveillance» par la Cour européenne depuis l'arrêt *Pierre-Bloch c. France* du 21 octobre 1997. Cf. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 20 janv. 1998, pp. 65-71.

(37) CEDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*.

(38) On se reportera avec intérêt aux analyses de Serge GUINCHARD, dans un article résolument engagé pour le développement de la «*démocratie procédurale*», où la théorie des apparences a toute sa place : «O Kress où est ta victoire? Ou la difficile réception, en France, d'une (demi) leçon de démocratie procédurale», *Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan...*, *op. cit.*, pp. 937-958.

(39) CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c. France*.

(40) CEDH, 29 juil. 1998, *Omar et Guérin c. France*.

(41) CEDH, 14 déc. 1999, *Khalifaoui c. France*.

(42) CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*.

(43) Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

cédures de réexamen d'une décision pénale consécutive au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne qui est organisé par les articles 626 §1 et 626 §7 du Code de procédure pénale (44). Ce «*contournement de l'autorité de chose jugée*» participe, selon Jean-Pierre Marguénaud, d'«*une approche européenne du droit privé puisque seules les décisions pénales sont visées*» (45).

Les procédures judiciaires ne sont pas les seules à être passées au crible du contrôle conventionnel : les décisions de justice le sont également. Et la Cour européenne va s'immiscer, parfois, dans la qualification juridique des faits retenus par les instances judiciaires. Ce faisant, elle semble s'ériger, au grand dam des instances judiciaires nationales, mais également au mépris des principes conventionnels, en quatrième instance de juridiction (46). L'affaire *Fouquet* en 1996 avait déjà constitué un «*sérieux avertissement*» (47) : la Commission avait conclu à l'unanimité à la violation de l'article 6 §1 pour cause d'erreur manifeste d'appréciation ; la France avait alors échappé à une condamnation en obtenant le règlement à l'amiable de l'affaire et sa radiation du rôle. L'affaire *Dulaurans*, du 21 mars 2000, n'aura pas eu la même destinée : la France fut condamnée à l'unanimité par les juges strasbourgeois, qui sanctionnèrent l'attitude de la Cour de cassation, laquelle, sur la base d'une erreur d'appréciation, avait rejeté le pourvoi de la requérante. Le §34 est éloquent quand la Cour affirme qu'elle doit «*s'assurer que l'irrecevabilité de l'unique moyen produit par la requérante à l'appui de son pourvoi ne fut pas le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la Cour de cassation*». L'erreur de la part de la Haute Juridiction judiciaire française avait consisté à présenter le moyen de la requérante comme nouveau, alors qu'elle n'avait cessé «*dès le début de la procédure litigieuse*» de s'y référer. Quand bien même certaines réactions en doctrine furent vives pour condamner une telle immixtion, jugée excessive, de la Cour européenne dans la manière de juger de la Cour suprême française, il ne fut point question d'un séisme.

Ce sont en revanche les murs du temple de la justice constitutionnelle qui tremblèrent quand la Cour européenne, dans sa décision du 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c. France* – à l'occasion de laquelle le juge français Jean-Paul Costa jugea préférable de se déporter conformément à

(44) Sur l'analyse du dispositif français, cf. C PETTITI, «Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000», *RTDH*, 1<sup>er</sup> janv. 2001, pp. 3-13. Concernant les réformes comparables en Europe, cf. E. LAMBERT-ABDELGAWAD, «Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», *RTDH*, 1<sup>er</sup> juil. 2001, pp. 715-742. Pour la procédure suisse de révision, cf., dans le même numéro (pp. 743-764), l'article du professeur HOTTELLIER.

(45) Jean-Pierre MARGUENAUD, «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit français : approché par le droit privé», *Les Dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, Paris, 2004, pp. 155-168.

(46) André PERDRIAU, *JCP*, vol. II, n° 10344, 2000.

(47) Sandrine BARBIER, *JDI*, n° 1, 2000, p. 172.

l'article 28 du *Règlement de la Cour* (48) –, mit directement à l'index la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci, par une décision n° 93-332 DC du 13 janvier 1994 sur la «Loi relative à la santé publique et à la protection sociale», avait déclaré conforme à la Constitution cette loi de validation promulguée le 18 janvier 1994. La Cour européenne précisa les contours de sa jurisprudence antérieure sur la question de l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le dessein d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges (49). La lecture de l'arrêt ne laisse pas place à d'éventuelles divergences d'interprétation quant à la «correction» reçue par la Haute Juridiction constitutionnelle française qui, ces dernières années, avait régulièrement admis «*sans discussion les arguments purement financiers invoqués par le gouvernement pour faire échec à l'autorité qui s'attache normalement à la chose jugée*» (50). Le §59 est particulièrement significatif à cet égard : «*la Cour estime que le risque financier dénoncé par le Gouvernement (§53), et expressément relevé par le Conseil constitutionnel pour motiver sa décision (§26), ne saurait permettre, en soi, que le législateur se substitue tant aux parties à la convention collective, qu'aux juges pour régler le litige*»; et de poursuivre : «*avec la Commission, la Cour estime que la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention*». La Cour ne pouvait être plus claire et plus concise à la fois. D'ailleurs, la formule se fait directement l'écho de celle du 5<sup>e</sup> considérant de la décision IVG quand, le 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionnalité des lois, au motif notamment qu'«*une loi contraire à un traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution*», «*reléguant*» ledit contrôle aux juridictions ordinaires, avec les fâcheuses conséquences que l'on sait. Le Conseil est ici renvoyé devant ses responsabilités, la Cour lui rappelant «*effectivement*» qu'une loi qu'il a déclarée conforme à la Constitution non seulement peut être incompatible avec un traité, en l'occurrence la Convention européenne, mais que cette contrariété est sanctionnée, le Conseil ne pouvant échapper au contrôle européen. Cette décision *Zielinski* fut un tournant. D'un «*tête-à-tête*», on passa à un «*face-à-face*» (51) entre la Cour de Strasbourg et le Conseil cons-

(48) L'article 28 du Règlement de la Cour du 4 novembre 1998 s'intitule «Empêchement, déport ou dispense». Les §2, 3 et 4 affirment : «§2 Aucun juge ne peut participer à l'examen d'une affaire dans laquelle il est personnellement intéressé ou est antérieurement intervenu soit comme agent, conseil ou conseiller d'une partie ou d'une personne ayant un intérêt dans l'affaire, soit comme membre d'un tribunal ou d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre. §3 Si un juge se déporte pour l'une desdites raisons, ou pour une raison spéciale, il en informe le président de la chambre, qui le dispense de siéger. §4 Si le président de la chambre estime qu'il existe un motif de déport en la personne d'un juge, il confronte ses vues avec celles de l'intéressé; en cas de désaccord, la chambre décide».

(49) CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, Série A, n° 301-B, §49, 9 déc. 1996; *Papageorgiou c. Grèce*, 22 oct. 1997; *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, Série A n° 117, §112, 23 oct. 1997.

(50) Xavier PRETOT, *RDJ*, n° 1, 1998, pp. 11-22.

(51) Jacques ROBERT, *RUDH*, 1995, pp. 269-295.

tionnel (52). Il ne dura pas longtemps, la Haute Juridiction constitutionnelle s'alignant assez fidèlement sur les exigences conventionnelles en matière de contrôle des validations législatives, en resserrant son contrôle (53).

Du face-à-face, on passa donc subrepticement au dialogue, impérieux. Notons que le Conseil découvrait un échange – constructif au bout du compte – dont les juges ordinaires avaient déjà pu, depuis longtemps, explorer tous les ressorts. Ce « dialogue des juges » fut en effet au cœur du temps de *l'application* de la Convention européenne dans l'Hexagone.

### *L'application de la Convention par le juge*

On sait en effet qu'en France le juge conventionnel de droit commun est le juge ordinaire qui, depuis la jurisprudence du milieu des années 1970, a dû appliquer au quotidien le droit international, notamment le droit international des droits de l'homme, dont la Convention est l'emblème sur le continent européen (54). Le professeur Sudre, dans une belle contribution rédigée en hommage au professeur Jean-Claude Gautron, fournit un éclairage novateur de ce « dialogue des juges », lequel – s'il « a le mérite de fournir un concept consensuel » – évite cependant « de s'interroger sur les sujets 'qui fâchent', et notamment sur l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (55). Résolu à entreprendre une analyse serrée en scrutant avec attention la jurisprudence administrative et judiciaire du début du XXI<sup>e</sup> siècle et les modes d'interprétation retenus par le juge – dans le cadre du contrôle de compatibilité de la norme interne avec la norme conventionnelle –, le spécialiste du droit de la Convention met en exergue trois tendances lourdes : le recul de l'interprétation neutralisante, la banalisation de l'interprétation conforme et l'essor de l'interprétation constructive. La synthèse est éclairante car elle évite de nourrir certaines idées fausses. On aurait pu penser, en effet, que l'influence du système conventionnel s'était transformée en une emprise toujours plus implacable au point de considérer l'« autonomie » procédurale des juges comme quasi nulle, la thématique, bien connue de l'univers communautaire, se déplaçant en quelque sorte vers le système conventionnel. Or, c'est un tout autre phénomène qui se déploie dans le champ national, Frédéric Sudre démontrant que

(52) Si la procédure constitutionnelle française de contrôle abstrait de constitutionnalité des lois échappe à l'emprise conventionnelle (sous l'angle notamment de l'article 6 §1), il n'en va assurément pas de même des décisions constitutionnelles françaises, la Cour dans cette affaire ayant reconnu à l'unanimité la violation de l'article 6 §1 sous l'angle du procès équitable.

(53) Cons. const., 99-422 DC, 21 déc. 1999.

(54) Cons. const., 15 janv. 1975, «IVG». Cette jurisprudence a empêché le Conseil constitutionnel de s'ériger en juge de la conventionalité des lois; ce faisant, il s'est interdit d'intégrer, dans le bloc de constitutionnalité – c'est-à-dire le bloc des normes de référence – les traités internationaux.

(55) Frédéric SUDRE, «A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité», *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, Paris, 2004, pp. 207-224.

le recours à l'interprétation conforme donne en réalité la possibilité au juge d'élargir tout à la fois les modalités et le champ d'application de son propre contrôle juridictionnel (56). Du coup, le temps des résistances – caractérisé par le déploiement d'interprétations neutralisantes (57) – a fini par laisser la place au temps où l'interprétation et l'application de la Convention sont utilisées à bon escient par le juge interne pour recouvrer toute son autorité!

La métamorphose de l'attitude du juge n'est pas uniquement celle du juge ordinaire, comme si le juge constitutionnel avait fini par comprendre qu'il ne pouvait rester à l'écart du « jeu » juridictionnel. Il finit par reprendre la main. Pendant longtemps, la question de l'application de la Convention européenne ne se posait pas, tout du moins en termes explicites. Le Conseil a pendant des années, en effet, appliqué la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour, sans le dire, en se retranchant derrière le rideau du « bloc de constitutionnalité ». Bref, l'application était « furtive » (58).

Les temps ont fini par changer. L'ouverture au droit international s'est faite peu à peu plus évidente. L'ère du dialogue a succédé à celle des non-dits; l'ère d'une compréhension mutuelle à celle des quiproquos. A une « application furtive » de la jurisprudence de la Cour européenne, l'année 2004 a vu consacrer une « application explicite » de celle-ci : la décision du Conseil du 19 novembre 2004 marque ce tournant de façon magistrale (59). Le juge, dans le cadre du contrôle *a priori* des traités internationaux activé sur la base de l'article 54 de la Constitution, a examiné la constitutionnalité du « Traité constitutionnel », à l'aune, notamment, et de la Convention et de la jurisprudence de la Cour européenne : les deux figurant en bonne place dans les visas de la décision. Une mention à la seule Convention avait déjà pu être remarquée dans la décision du 13 mars 2003 relative à la « Loi pour la sécurité intérieure » (60); la décision du 19 novembre va plus loin en mentionnant l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, rendu le 29 juin 2004. Le revirement méthodologique est percutant. Il reste que le choix de l'arrêt est quel-

(56) *Ibid.*, pp. 216-217.

(57) Bien connue de l'univers constitutionnel, la technique – quand elle se manifeste dans le champ conventionnel – est définie par Frédéric Sudre comme « une stratégie de contournement ou d'évitement visant à 'neutraliser' l'interprétation européenne en créant, par une interprétation un peu 'forcée' du droit national, voire par une réécriture de la loi, un rapport d'adéquation entre le droit interne et la norme européenne », *op. cit.*, p. 210.

(58) Laurence BURGORGUE-LARSEN, « L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue belge de Droit constitutionnel*, vol. I, 2001, pp. 31-64, spéc. p. 208. On a pu relever un phénomène de « constitutionnalisation » – autrement dit de « nationalisation » – de l'interprétation délivrée par le juge européen. La doctrine releva à maintes reprises l'identité des valeurs que les deux juges (constitutionnel et européen) défendaient, tout comme la ressemblance de leur technique d'interprétation et de contrôle. Les rapprochements interprétatifs, symptomatiques d'un fort syncrétisme juridique, ont ainsi irrigué les domaines de la liberté d'expression, les garanties apportées en matière répressive, les droits de la défense, mais aussi le droit au respect de la vie privée, la liberté contractuelle ou encore la sécurité juridique.

(59) Cons. const., 19 nov. 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 505-2004 DC.

(60) Cons. const., 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, DC n° 2003-467 DC. Cf. Dominique ROUSSEAU/Christine LAZERGES, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 », *RDP*, vol. IV, 2003, pp. 1147-1162.

que peu inopportun, celui-ci ayant fait l'objet d'une demande de «renvoi» devant la Grande Chambre au titre de l'article 43 de la Convention telle que modifiée par le Protocole n° 11 (61). Dit autrement, l'arrêt cité n'existe pas... De façon quelque moins provocatrice, on peut affirmer qu'il n'est pas définitif tant que la Grande Chambre de dix-sept juges n'a pas statué. On reconnaîtra que citer un arrêt non définitif n'est pas faire preuve d'une grande prudence. On ose imaginer que le Conseil ait méconnu – au sens propre du terme – la demande de renvoi. Or, quand on sait que certaines affaires jugées par une chambre de sept juges ont déjà été désavouées par la Grande Chambre – l'affaire *Hatton c. Royaume-Uni* étant significatif à cet égard (62) –, on ne peut que regretter ce que l'on considérera comme une fâcheuse maladresse. Dans le même temps, l'arrêt est révélateur de la position claire de la Cour sur la défense du principe de laïcité, ce qui explique sans doute la précipitation des juges du Palais Montpensier à le mentionner dans les visas de leur décision. On peut toutefois estimer que les risques de voir la Grande Chambre désavouer le jugement de la Chambre sont particulièrement faibles, voire quasi nuls. En effet, le principe de laïcité – qui a fait son apparition dans la jurisprudence des organes de contrôle en 1993 – a maintes fois été affirmé au point que l'arrêt *Refah Partisi* en est l'emblème (63). Les juges ont affirmé : «*les organes de la Convention ont estimé que le principe de laïcité était assurément l'un des principes fondateurs de l'Etat qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie. Une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa liberté de religion et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la Convention*» (64).

On conviendra qu'il aurait été plus judicieux de se référer à cet arrêt, définitif celui-là. Malgré cette maladresse, la prévention du Conseil à l'endroit du droit international – entendu dans un sens large et dénué de toute connotation d'affrontement doctrinal – s'évanouit. Après l'ouverture du Conseil constitutionnel au droit communautaire – qui commença de

(61) Il se lit ainsi : article 43 – Renvoi devant la Grande Chambre, «1. Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. 2. Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave de caractère général».

(62) Cette affaire concerne la question de la protection de l'environnement grâce aux ressorts de l'article 8 de la Convention relatif à la protection de la vie privée et familiale. Dans le premier arrêt rendu par une chambre de sept juges (CEDH, 2 oct. 2001, *Hatton c. Royaume-Uni*), la Cour condamna le Royaume-Uni, sur le terrain des obligations positives. Elle considéra que le gouvernement britannique n'avait pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts des riverains de l'aéroport d'Heathrow de voir protégé leur domicile et leur vie privée et familiale et l'intérêt général économique du pays. Cette solution fut infirmée par la Grande Chambre, saisie sur la base de l'article 43 de la Convention, dans l'arrêt rendu le 8 juillet 2003 (CEDH, Gde Ch., 8 juil. 2003, *Hatton c. Royaume-Uni*).

(63) Michele DE SALVIA, «Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Libertés, justice, tolérance...*, op. cit., pp. 591-606; Michel LEVINET, «Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. L'incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme», *RFDC*, n° 57, 2004, pp. 207-221.

(64) CEDH, Grande Chambre, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, 16 fév. 2003, §93.

façon timide par la décision du 3 avril 2003 pour monter en puissance avec la décision «Economie numérique» du 10 juin 2004 (65) –, celui-ci élargit également la nomenclature des normes de référence en y incluant expressément le droit conventionnel. Le fait est d'autant plus remarquable qu'à l'inverse du droit communautaire qui se trouve «constitutionnalisé» et qui permet au Conseil, grâce à l'article 88 §1, de normaliser en douceur cette inclusion – même si l'on conviendra que l'exercice d'équilibriste du Conseil est somme toute assez délicat –, la référence conventionnelle quant à elle ne trouve pas de support au sein de la Constitution. Le phénomène est donc particulièrement novateur. Un tabou a fini par être levé sans dommages notables, ce qui démontre, s'il en était besoin, que le droit, aujourd'hui, ne peut se concevoir que de manière syncrétique.

L'«ère de l'enlacement» des systèmes juridiques a enfin fini par être acceptée et reconnue par la Haute Juridiction constitutionnelle française, qui a sans doute saisi (un peu tard) qu'elle pouvait utiliser – à l'instar du juge ordinaire – le jeu de l'interprétation conforme pour mieux recouvrer son autorité dans le champ interne.

(65) Parmi un nombre important de commentaires, on se reportera au dossier spécial de la *Revue de Droit public*, n° 4, 2004, avec les analyses de Jean-Pierre CAMBY, Henri OBERDORFF, Anne LEVADE et Xavier ROUX relatives à la décision «Economie numérique».